

**Renata Pawlik**

Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

## **Urządzenie niedozwolone jako jedno ze znamion przestępstwa sharingu**

Mianem sharingu określa się różnorodne postacie i sposoby wspólnego korzystania z zasobów lub przestrzeni. Oprócz oczywistych przypadków, które można zaobserwować w działalności człowieka, wiele przykładów takiej sytuacji daje się spostrzec w przyrodzie. Jest to podstawowy element ludzkiego wzajemnego oddziaływania, wzmacniający jednocześnie więzi społeczne.

Dzielenie się jest kluczowym sposobem prowadzącym do dynamicznego rozwoju wolnego oprogramowania, w tym tzw. *open source*<sup>1</sup>. Działania takie wspierane są m.in. przez Creative Commons czy General Public License<sup>2</sup>. Zjawisko to, poza korzyściami w zakresie rozwoju tzw. wolnego oprogramowania oraz aspektami ekonomicznymi, prowadzi także do konieczności zwyryfikowania podejścia m.in. do licencji, patentów i praw autorskich, a w ściśle określonych przypadkach również do odpowiedzialności karnej.

Jedną z wielu postaci sharingu jest dzielenie kodowanych usług świadczonych drogą elektroniczną, w praktyce najczęściej sygnału płatnych platform telewizyjnych. Do takich przejawów piractwa telewizyjnego należą m.in. nielegalne podłączenia do sieci kablowej połączone niejednokrotnie z dewastacją urządzeń, instalowanie w domach podrabianych filtrów do odbioru sygnału płatnej telewizji, łamanie kodów zabezpieczających w kartach, które umożliwiają korzystanie z telewizji satelitarnej, wyłudzenie nielegalnego sprzętu i handlowanie nim<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> [www.opensource.org](http://www.opensource.org) [08.11.2012].

<sup>2</sup> Creative Commons jest międzynarodowym projektem oferującym darmowe rozwiązania prawne i inne narzędzia służące zarządzaniu przez twórców prawami autorskimi do swoich utworów. Creative Commons wspiera wolną kulturę: produkcję i wymianę utworów traktowanych jako dobro wspólne; [www.creativecommons.pl/o-nas](http://www.creativecommons.pl/o-nas) [07.11.2012]; [www.gnu.org](http://www.gnu.org) [09.11.2012].

<sup>3</sup> [www.sygnał.org.pl/content.php?idNode=4](http://www.sygnał.org.pl/content.php?idNode=4) [08.11.2012]; K. Korus, *Komentarz do ustawy z dnia 5 lipca 2002 r. o ochronie niektórych usług świadczonych drogą elektroniczną opartych lub polegających*

Na przełomie XX i XXI w. walkę z nielegalnymi postaciami sharingu podjęły – uznając to zjawisko za niewątpliwie szkodliwe m.in. dla rozwoju usług świadczonych drogą elektroniczną, opartych lub polegających na tzw. dostępie warunkowym – w zasadzie równolegle niemalże wszystkie państwa europejskie i wiele państw pozaeuropejskich<sup>4</sup>.

*cych na dostępie warunkowym, „Lex”* (el.) 2002; K. Dąbkiewicz, *Ochrona prawnokarna niektórych usług elektronicznych*, „Prokuratura i Prawo” 2011, nr 1, s. 68 i nast.

<sup>4</sup> Austria: Zugangskontrollgesetz – ZuKG, 11 July 2000 (Federal Law on the protection of services based on conditional access – Conditional Access Law); Belgium: Decree amending the Flemish Media Decree 1995 (article 64); Flemish community; Décret sur la radio diffusion 2003 – French Community; Programmdekret 2000, amending the Mediendekret 1999; Law amending the Brussels – Capital Medialaw 1995; Law on the legal protection of information society conditional access services; Cyprus: Law of 2002 ratifying the Council of Europe Convention 178 – Law ratifying the European Convention for the Legal Protection of Services based on, or consisting of, Conditional Access, 11 July 2002; Denmark: Radio and Television Broadcasting Act – Consolidating Act No. 138, 19 February 1998; Finland: Section 25 of the Finish Telecommunications Market Act 396/1997; France: Article 268 Loi No. 92-1336, 16 décembre 1992 relative à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal et à la modification de certaines disposition de droit pénal et de cetter entrée en vigueur (Journal Official No. 298, 23 décembre 1992); Loi No. 88-19, 5 janvier 1988 relative à la fraude informatique (dite “loi Godfrain”); Article 79-1 Loi No. 86-1067, 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication modifiée et complete; Germany: Gesetz über den Schutz von zugangskontrollierten Diensten und von Zugangskontrolldiensten “Zugangskontrolldiensteschutz-Gesetz” – ZKDSG, 19 March 2002 (BGBl. I, S. 1090), amended by article 3 of law of 26 February 2007 (BGBl. I, S. 179); Greece: Presidential Decree No. 343, 22 November 2002 (Harmonization of the Greek legislation with the provisions of the 98/84/EC Directive of the European Parliament and the Council of 20 November 1998 for the legal protection of the services based on, or consisting of, the conditional access provision (pay services)); Hungary: Section 300/E of the Hungarian Criminal Code, 1 April 2002, as amended by Act CXXI of 2001 in December 2001 with regard to the Cyber Crime Convention and Directive 98/84/EC; Ireland: European Communities Conditional Access Regulations, 2000, Statutory Instruments, S. I. No. 357/2000; Italy: Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, 4 September 2000, No. 206; D. Lgs. 15 November 2000, No. 373 (Legislative Decree No. 373, 15 November 2000, implementation of Directive 98/84/EC on the legal protection of the services based on, or consisting of, conditional access), Attuazione della Direttiva 98/84/CE sulla tutela dei servizi ad accesso condizionato, Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, 15 December 2000, S. G. 292, p. 5; Art. 171 octies Legge, 18 August 2000, n. 248, Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, 23 August 2000; Legge 7 February 2003, n. 22 – Modifica al decreto legislative, 15 November 2000, n. 373, in tema di tutela del diritto d'autore, Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, 15 February 2003, n. 38; Lithuania: Telecom Law Article 27 (Conditional Access Services and Related Facilities); Administrative Offences Code; Government Resolution; Civil Code – Articles 6.249 and 6.255; Civil Procedure Code – Articles 135, 145, 270; Luxembourg: Loi du 2 août 2002 sur la protection juridique des services à accès conditionnel et des services d'accès conditionnel; The Netherlands: Implementatie richtlijn 98/84/EG, Staatscourant 6 juli 2000, n. 128, p. 11; Portugal: Decreto-Lei No 287/2001, 8 November 2001 (Decree-Law No. 287/2001, 8 November 2001); Slovakia: Art. 25 of Electronic Communications Act 610/2003, 31 December 2003 (Partial implementation of directive 98/84/EC); Spain: Antiproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, de código penal, Article 92 (Draft Article 286 Penal Code as amended by Article 92 of draft Law amending the Penal Code); Sweden: Lag (2000:171) om förbud beträffande viss avkodningsutrustning (SFS Nr, 2000: 171); United Kingdom: Sections 297A and 298 Copyright and Patents Act as amended by the European Communities Conditional Access Regulations, 2000,

Na gruncie europejskim początki negatywnej oceny tego typu zachowań sięgają roku 1998, kiedy Parlament Europejski i Rada wprowadziły prawną ochronę kodowanych usług świadczonych drogą elektroniczną, przyjmując dyrektywę 98/84/WE<sup>5</sup> w sprawie prawnej ochrony usług opartych lub polegających na warunkowym dostępie. Zasadniczym celem opisanej dyrektywy jest zbliżenie przepisów prawnych państw członkowskich, dotyczących środków podejmowanych przeciwko nielegalnym urządzeniom dającym nieuprawniony dostęp do usług podlegających ochronie, opartych lub polegających na warunkowym dostępie, pozwalających w konsekwencji również na uzyskiwanie niedozwolonych korzyści majątkowych<sup>6</sup>. W rozumieniu wyżej opisanej dyrektywy, urządzeniem nielegalnym jest wszelkie wyposażenie lub oprogramowanie zaprojektowane lub przystosowane do udostępniania usług chronionych w zrozumiałej formie bez zezwolenia świadczącego usługi<sup>7</sup>. Usługą chronioną zaś na gruncie wspomnianej dyrektywy jest dowolna z następujących usług, świadczona w zamian za wynagrodzenie i na podstawie dostępu warunkowego: transmisja telewizyjna zgodnie z definicją art. 1 lit. a dyrektywy 89/552/EWG, transmisja radiowa, oznaczająca dowolną transmisję kablową lub bezprzewodową, w tym przez satelitę, programów radiowych skierowanych do odbioru publicznego, usługi społeczeństwa informacyjnego w rozumieniu art. 1 ust. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 98/34/WE z 22 czerwca 1998 r., ustanawiającej procedurę udzielania informacji w zakresie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego, lub świadczenie warunkowego dostępu do powyższych usług, uznane za usługę samą w sobie<sup>8</sup>.

Kontynuacją, a zarazem poszerzeniem terytorialnym podjętych przez UE działań, jest prawie równoczesne przyjęcie Europejskiej konwencji o prawnej

---

Statutory Instruments No. 1175/2000, The Conditional Access (Unauthorised Decoders) Regulations 2000; [www.aepoc.org/index2.htm](http://www.aepoc.org/index2.htm) [07.11.2012]; Canada: Radiocommunications Act and Articles 326, 327 Criminal Code; Japan: Unfair Competition Act 1998; USA: Article 17 USC § 1201, "Circumvention of Copyright Protection Systems", Article 18 USC § 1343, "Fraud by Wire, Radio or Television"; Article 18 USC § 2511, "Interception and disclosure of wire, oral or electronic communication prohibited"; Article 18 USC § 2512, "Manufacture, distribution, possession, and advertising of wire, oral, or electronic communication intercepting devices prohibited"; Article 47 USC § 553, "Unauthorized Reception of Cable Service"; Article 47 USC § 605, "Unauthorized Publication or Use of Communications"; Communication Act 1934 and 1996, section 633 and 705; [www.aepoc.org/index2.htm](http://www.aepoc.org/index2.htm) [07.11.2012].

<sup>5</sup> Dyrektywa 98/84/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 20 listopada 1998 r. w sprawie ochrony prawnej usług dostępu warunkowego lub usług opartych na dostępie warunkowym (Dziennik Oficjalny Wspólnot Europejskich [dalej Dz.U.UE.], L 320/54, 28.11.1998).

<sup>6</sup> *Ibidem*, por. w tym zakresie: preambuła, pkt 19; art. 1.

<sup>7</sup> *Ibidem*, art. 2.

<sup>8</sup> *Ibidem*.

ochronie usług opartych lub polegających na dostępie warunkowym, podpisanej w Strasburgu 24 stycznia 2001 r.<sup>9</sup>, przyjmującej ramy regulacyjne, które są prawie identyczne z zawartymi w przywołanej wyżej dyrektywie 98/84/WE Parlamentu Europejskiego i Rady. Celem wspomnianej konwencji jest doprowadzenie do uznania za niezgodne z prawem na terytorium stron pewnej liczby działań umożliwiających uzyskanie nieuprawnionego dostępu do usług chronionych i zbliżenie ustawodawstw w tej dziedzinie<sup>10</sup>. W rozumieniu wspomnianej konwencji „urządzenie nielegalne” oznacza wszelki sprzęt, oprogramowanie lub urządzenie zaprojektowane lub przystosowane do udostępniania w zrozumiałej formie jednej z usług, o których mowa w lit. a artykułu 2, bez zezwolenia usługodawcy<sup>11</sup>. Wskazana definicja wydaje się zbieżna z przyjętą definicją urządzenia nielegalnego na gruncie dyrektywy 98/94/WE, aczkolwiek zwrócić uwagę należy na nieco inne ujęcie zakresowe „urządzenia nielegalnego”, jest to bowiem sprzęt, oprogramowanie lub urządzenie, podczas gdy dyrektywa 98/94/WE posługuje się pojęciem wyposażenia<sup>12</sup> lub oprogramowania. Decyzją Rady z 29 listopada 2011 r.<sup>13</sup> w sprawie podpisania w imieniu Unii Europejskiej Konwencji o prawnej ochronie usług opartych lub polegających na dostępie warunkowym, Rada upoważniła przewodniczącego Rady do wyznaczenia osoby lub osób umocowanych do podpisania tejże konwencji<sup>14</sup>.

<sup>9</sup> Europejska konwencja o prawnej ochronie usług opartych lub polegających na dostępie warunkowym, podpisana w Strasburgu 24 stycznia 2001 r. (Dz.U.UE., L 336/2, 20.12.2011).

<sup>10</sup> *Ibidem*, art. 1.

<sup>11</sup> Telewizyjne usługi programowe określone w art. 2 zmienionej Europejskiej konwencji o telewizji ponadgranicznej, usługi transmisji radiowej, oznaczające programy radiowe skierowane do odbioru publicznego transmitowane drogą kablową lub bezprzewodową, w tym przez satelitę, usługi społeczeństwa informacyjnego, rozumiane jako usługi świadczone drogą elektroniczną, na odległość i na indywidualne zamówienie odbiorcy, lub świadczenie warunkowego dostępu do powyższych usług, uznane za usługę samą w sobie (art. 2, lit. a Konwencji).

<sup>12</sup> W wersji angielskojęzycznej pojawia się sformułowanie *equipment*, tłumaczone jako „sprzęt” (*equipment, tackle, utensil, implement, paraphernalia, layout*) oraz „wyposażenie” (*equipment, furnishings, outfit, endowment, dowry*); w uzasadnieniu projektu polskiej regulacji zwracano uwagę, że większość definicji zaproponowanych w projekcie ustawy zaczerpnięta została wprost z poszczególnych dyrektyw. Należy przy tym zauważyć, że tłumaczenie niektórych terminów wywołało liczne trudności związane przede wszystkim z faktem, że dotyczą one zupełnie nowego obszaru, w szczególności komunikowania się i świadczenia usług poprzez Internet, zaś w tej dziedzinie powszechnie stosowana jest terminologia angielskojęzyczna (zob. Sejm IV kadencji, druk 353), przy czym choćby w opinii Sejmowego Biura Analiz z 15 kwietnia 2002 sygnalizowano, że zgodnie z art. 2 lit. e dyrektywy 98/84/WE: „urządzenie nielegalne oznacza wszelkie wyposażenie lub oprogramowanie zaprojektowane lub przystosowane dla udostępniania usług chronionych w zrozumiałej formie bez upoważnienia przez usługodawcę”, zwracając uwagę jedynie na pominięcie słów „w zrozumiałej formie”.

<sup>13</sup> Dz.U.UE., L 336/1, 2011.

<sup>14</sup> 21 grudnia 2011 r. Urszula Gacek, stały przedstawiciel Polski przy RE, podpisała w imieniu Unii Europejskiej Konwencję RE w sprawie ochrony prawnej usług opartych lub polegających na warunkowym dostępie (ETS 178).

Implementacja wspomnianej wyżej dyrektywy 98/84/WE na grunt ustawodawstwa polskiego nastąpiła ustawą z 5 lipca 2002 r. o ochronie niektórych usług świadczonych drogą elektroniczną opartych lub polegających na dostępie warunkowym<sup>15</sup>.

Do 5 lipca 2002 r. w ustawodawstwie polskim w tym zakresie nie pojawiały się kompleksowe regulacje. Powszechnie zwraca się uwagę na art. 118<sup>1</sup> ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych z 4 lutego 1994 r.<sup>16</sup>, w którym dopatrywać się można pierwowzoru dzisiejszej regulacji<sup>17</sup>. Penalizacją objęto tutaj zachowania polegające na wytwarzaniu przedmiotów przeznaczonych do niedozwolonego usuwania lub obchodzenia technicznych zabezpieczeń przed odtwarzaniem, przegrywaniem lub zwielokrotnianiem utworu, bądź też służących do nielegalnego odbioru nadawanych programów, przeznaczonych dla zamkniętego grona odbiorców, uzyskujących do nich dostęp po zapłaceniu wynagrodzenia usługodawcy, albo dokonywaniu obrotu takimi przedmiotami<sup>18</sup>.

Wspomnieć należy również art. 267 k.k.<sup>19</sup>, gdzie opis karalnego zachowania polega na uzyskaniu bez uprawnienia dostępu do informacji nieprzeznaczonej dla otwierającego zamknięte pismo, podłączającego się do sieci telekomunikacyjnej lub przełamującego albo omijającego elektroniczne, magnetyczne, informatyczne lub inne szczególne jej zabezpieczenie, jak również uzyskaniu bez uprawnienia dostępu do całości lub części systemu informatycznego oraz w celu uzyskania informacji, do której nie jest uprawniony, zakładaniu lub posługiwaniu się urządzeniem podsłuchowym, wizualnym albo innym urządzeniem lub oprogramowaniem<sup>20</sup>.

<sup>15</sup> Ustawa z 5 lipca 2002 r. o ochronie niektórych usług świadczonych drogą elektroniczną opartych lub polegających na dostępie warunkowym, Dz.U. z 2002 r. Nr 126, poz. 1068 z późn. zm.

<sup>16</sup> Dz.U. z 2000 r. Nr 80, poz. 904 z późn. zm.

<sup>17</sup> Zob. m.in.: uzasadnienie uchwały SN, sygn. akt I KZP 19/07 z 29 sierpnia 2007 r., cytowanej wyżej; Z. Cwiakalski, [w:] J. Barta, M. Czajkowska-Dąbrowska, Z. Cwiakalski, R. Markiewicz, E. Traple, *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*, Kraków 2005, s. 861.

<sup>18</sup> Wspomniana ustawa z 5 lipca 2002 r., dokonując w zakresie swojej regulacji wdrożenia dyrektywy 98/84/WE, w art. 11 wprowadziła zmianę opisaną regulacji, polegającą na skreśleniu wyrazów „bądź też służące do nielegalnego odbioru nadawanych programów, przeznaczonych dla zamkniętego grona odbiorców, uzyskujących do nich dostęp po zapłaceniu wynagrodzenia usługodawcy”.

<sup>19</sup> Ustawą z 24 października 2008 r. o zmianie ustawy Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 214, poz. 1344:) zmieniono m.in. art. 267, dokonując w ten sposób implementacji Decyzji ramowej Rady 2005/222/WSiSW z 24 lutego 2005 r. w sprawie ataków na systemy informatyczne (Dz.U.UE., L 69/67, 16.03.2005). Po zmianie art. 267 § 1 k.k. za zabronione pod groźbą kary uznaje się już samo nieuprawnione uzyskanie dostępu do informacji. Sformułowanie „podłączając się do przewodu służącego do przekazywania informacji” zastąpiono wyrażeniem „podłączając się do sieci telekomunikacyjnej”, co miało na celu poszerzenie ochrony prawnej wynikającej z dyspozycji tego przepisu na sieci bezprzewodowe. Rozszerzono nadto znamię strony przedmiotowej czynu o sformułowanie „albo omijając” (zob. także uzasadnienie projektu, Sejm VI kadencji, druk nr 458; [www.sejm.gov.pl/prace/prace.html](http://www.sejm.gov.pl/prace/prace.html) [dostęp 12.11.2012]).

<sup>20</sup> W uchwale z 22 stycznia 2003 r., I KZP 43/02 (OSNKW 2003, z. 1–2, poz. 5), stwierdził: „działanie sprawcy, polegające na bezprawnym podłączeniu odbiornika telewizyjnego do sieci



Poza wskazanym występkiem w tym zakresie, należy również zwrócić uwagę na wykroczenia opisane w: art. 121 k.w., polegające na wyłudzeniu przejazdu koleją lub innym środkiem lokomocji, w § 2 – na wyłudzeniu pożywienia lub napoju w zakładzie żywienia zbiorowego, przejazdu środkiem lokomocji należącym do przedsiębiorstwa niedysponującego karami pieniężnymi określonymi w taryfie, wstępie na imprezę artystyczną, rozrywkową lub sportową, działaniach automatu lub innego podobnego świadczenia, o którym wie, że jest płatne. Stosowanie w zakresie tzw. sharingu jako podstawy odpowiedzialności tej ostatniej regulacji budziło znaczne wątpliwości w odniesieniu do wyłudzenia innego podobnego świadczenia<sup>21</sup>.

W ustawie o ochronie niektórych usług świadczonych drogą elektroniczną opartych lub polegających na dostępie warunkowym w omawianym zakresie, przyjęto dwa typy karalnego zachowania, a mianowicie: w art. 7 ust. 1 posiadanie lub używanie w celu osiągnięcia korzyści majątkowej urządzenia niedozwolonego – z zagrożeniem karą grzywny, karą ograniczenia wolności albo

---

kablowej, godzi w prawa majątkowe nadawcy programu, nie wyczerpuje jednak znamion przestępstwa określonego w art. 267 § 1 k.k.". W wyroku z 24 marca 2004 r., IV KK 46/04 (Lex, nr 109831) Sąd Najwyższy wyjaśnił, że sprawca, który bezprawnie korzysta z programów sieci kablowej telewizji i uzyskuje zawarte w nich informacje, nie narusza dyspozycji art. 267 § 1 k.k., lecz godzi jedynie w prawa majątkowe. Wskazał też, że takie zachowanie należałoby zakwalifikować jako wyczerpujące znamiona występków z art. 7 pkt 1 lub art. 7 pkt 2 ustawy z 5 lipca 2002 r. o ochronie niektórych usług świadczonych drogą elektroniczną opartych lub polegających na dostępie warunkowym. Krytycznie do powyższego podchodzi W. Wróbel (*Kodeks karny, część szczególna*, t. 2, red. A. Zoll, Kraków 2006, s. 1281), zwracając uwagę, że prawo do dysponowania informacją związane jest nie tylko z jej treścią, ale także sposobem jej utrwalenia. W tym sensie ochronie podlegają prawa do stworzonych baz danych czy innych konglomeratów informacji niebędących z uwagi na ich treść szczególnie chronioną tajemnicą. Kodeks karny w art. 267 nie różnicuje chronionej informacji, nie jest także istotne, czy z uwagi na treść lub też sposób utrwalenia, dysponowanie informacją powiązane jest z uzyskiwaniem korzyści majątkowej.

<sup>21</sup> W postanowieniach z 29 września 2004 r., I KZP 21/04 (OSNKW 2004, z. 9, poz. 90) oraz I KZP 22/04 (OSNKW-R 2004, poz. 1691), Sąd Najwyższy orzekł, że „innym podobnym świadczeniem, o którym mowa w art. 121 § 2 k.w., jest także płatna usługa, polegająca na podłączeniu odbiornika telewizyjnego do systemu zbiorowego odbioru (sieci kablowej) i na udostępnieniu programów”. J. Skrzypczak w głosie do powołanego rozstrzygnięcia podniósł, że opłata za dostęp do sieci kablowej jest należnością za udostępnienie pakietu programów radiowych i telewizyjnych, względnie innych jeszcze usług, o odpowiedniej jakości (zarówno technicznej, jak i merytorycznej). Podobieństwo zatem chociażby do opisywanego w art. 121 § 2 k.w. wyłudzenia wstępu na imprezę artystyczną, sportową, rozrywkową jest widoczne. Nie zmienia takiej oceny okoliczność, że usługi takie dostępne są w różnej formie, tzn. możliwości osobistego uczestniczenia w widowisku (uczestnictwa osobistego, fizycznego) czy też uzyskania określonego nadania radiowego czy telewizyjnego (przekazu dźwięków lub dźwięków i obrazów). To samo dotyczy kwestii opłat. Za wstęp na zbiorową imprezę pobiera się wprawdzie zwykle opłatę jednorazową, nie można jednak wykluczyć rozłożenia takiej kwoty na płatności okresowe w postaci abonamentu (np. za serię imprez). Podobnie dzieje się z należnościami w zamian za możliwość uzyskania usług oferowanych przez operatora sieci kablowej radiofonii lub telewizji (J. Skrzypczak, *Glosa do postanowienia SN z dnia 29 września 2004 r., I KZP 21/04*, „Palestra” 2005, nr 1–2, s. 284).

pozbawienia wolności do roku, oraz w ust. 2 używanie urządzenia niedozwolonego wyłącznie na własne potrzeby – z zagrożeniem wyłącznie karą grzywny. Zakres zachowań karalnych uzupełnia art. 6 powołanej regulacji, gdzie penalizacją objęto wytwarzanie urządzenia niedozwolonego w celu użycia w obrocie lub wprowadzanie takiego urządzenia do obrotu, względnie świadczenia usług niedozwolonych zgodnie z legalną definicją ustawową, zawartą w art. 2 pkt. 7, polegających na: instalacji, serwisie lub wymianie urządzeń niedozwolonych lub przekazie informacji handlowej dla promocji urządzeń niedozwolonych lub usług z nimi związanych, albo mającej za przedmiot niedozwolone urządzenia lub usługi<sup>22</sup>.

Kluczowym dla obu typów karalnego zachowania jest znamień urządzenia niedozwolonego, które w polskiej regulacji, jak to wskazano wyżej, definiowane jest jako sprzęt<sup>23</sup> lub oprogramowanie, które zostały zaprojektowane lub przystosowane w celu umożliwienia korzystania z usług chronionych bez uprzedniego upoważnienia usługodawcy. Konstruuąc legalną definicję ustawową w tym zakresie, do definicji urządzeń dostępu warunkowego z art. 2 pkt 2 ustawy dodano sformułowanie, że urządzenia takie umożliwiają korzystanie z usług chronionych bez uprzedniego upoważnienia usługodawcy<sup>24</sup>. Ta pozornie prosta w ujęciu teoretycznym konstrukcja rodzi znaczne problemy, tak w teorii, jak i w praktyce wymiaru sprawiedliwości, co widać m.in. w niejednolitej, prezentowanej poniżej linii orzeczniczej SN.

Poszukując rozwiązania i spójnej argumentacji we wskazanym wyżej zakresie zwrócić uwagę w pierwszej kolejności należy na to, że Konstytucja RP w art. 42<sup>25</sup> stanowi wymóg dostatecznej określoności typów czynów za-

<sup>22</sup> W obu przypadkach na zasadzie art. 8 Sąd orzeka obligatoryjnie przypadek urządzeń chociażby nie były one własnością sprawcy. Ściganie przestępstw określonych w art. 6 i 7 następuje na wniosek: pokrzywdzonego świadczącego usługi oparte na dostępie warunkowym, pokrzywdzonego świadczącego usługi polegające na dostępie warunkowym, krajowych lub regionalnych organizacji, których celem statutowym jest ochrona interesów przedsiębiorców świadczących usługi oparte lub polegające na dostępie warunkowym, prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, przewodniczącego Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji, prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej.

<sup>23</sup> Zob. przyp. 14.

<sup>24</sup> Zob. m.in.: uchwała SN sygn. akt I KZP 19/07 z 29.08.2007; OSNKW 2007/9/60, „Biuletyn Sądu Najwyższego” 2007, nr 8, s. 9; „Prokuratura i Prawo” 2007, nr 11, s. 7; OSP 2008/11/115 (głosy: A. Baszkowskiego i J. Skrzypczaka); uchwała z 22 stycznia 2003 r., I KZP 43/02, OSNKW 2003, z. 1–2, poz. 5; postanowienie z 29 września 2004 r., I KZP 21/04, OSNKW 2004, z. 9, poz. 90; I KZP 22/04, OSNKW-R 2004, poz. 1691; wyrok z 24 marca 2004 r., IV KK 46/04, Lex, nr 109831; J. Barta, R. Markiewicz, *Media a Internet*, [w:] *Prawo mediów*, red. J. Barta, R. Markiewicz, A. Matlak, Warszawa 2004; X. Konarski, *Komentarz do ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną*, Warszawa 2004.

<sup>25</sup> Zgodnie z art. 42 ust. 1, zdanie 1 Konstytucji RP, „odpowiedzialności karnej podlega ten tylko, kto dopuścił się czynu zabronionego pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia. Zasada ta nie stoi na przeszkodzie ukaraniu za czyn, który w czasie jego popełnienia stanowił przestępstwo w myśl prawa międzynarodowego”; K. Buchała, A. Zoll, *Polskie prawo*

bronionych. Ustawa musi określać zachowanie zabronione w taki sposób, aby można było jednoznacznie odróżnić typy zachowań zabronionych przez ustawę od zachowań dozwolonych, oraz aby można było wzajemnie odróżnić od siebie poszczególne typy czynów zabronionych<sup>26</sup>. Kwestia należytej określoności była wielokrotnie przedmiotem wypowiedzi Trybunału Konstytucyjnego<sup>27</sup>.

Z jednej strony przez ustawowe znamiona przestępstwa rozumie się cechy zewnętrznego zachowania człowieka, skutku i okoliczności tego zachowania określone w ustawie, których całokształt charakteryzuje przestępstwo, a które muszą być udowodnione w postępowaniu karnym, aby mogło nastąpić skazanie za przestępstwo<sup>28</sup>. Z drugiej zaś pamiętać należy, jak to słusznie podnosi A. Zoll, że jedną z zasadniczych funkcji prawa karnego jest motywowanie adresatów norm prawnych do postępowania zgodnego z tymi normami. Aby ta funkcja została wypełniona, adresat normy prawnej musi otrzymać jednoznaczną informację, jakie czyny są zakazane i popełnienie jakich czynów pociągać będzie za sobą odpowiedzialność karną<sup>29</sup>.

W przypadku tzw. urządzenia niedozwolonego na gruncie powołanej wyżej ustawy o ochronie niektórych usług świadczonych drogą elektroniczną opartych lub polegających na dostępie warunkowym, można mieć wąpli-

---

karne, Warszawa 1995, s. 50–51; L. Kubicki, *Nowa kodyfikacja karna a Konstytucja RP*, „Państwo i Prawo” 1998, z. 9–10, s. 25; B. Kunicka-Michalska, [w:] *Kodeks karny – część ogólna. Komentarz*, red. G. Rejman, Warszawa 1999, s. 58.

<sup>26</sup> A. Zoll, [w:] G. Bogdan, Z. Cwiakalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny część ogólna – komentarz*, Kraków 2004, s. 49; zob. także argumentację rzecznika w opinii w sprawie C 403/08 – przyp. 50.

<sup>27</sup> Orzeczenie TK, sygn. S. 6/91, OTK ZU w latach 1986–1995, t. 3, poz. 34; „w demokratycznym państwie prawa funkcją prawa karnego nie jest tylko ochrona państwa i jego instytucji, nie jest także tylko ochrona społeczeństwa lub poszczególnych jednostek przed przestępstwami, ale także, w nie mniejszym stopniu, ochrona jednostki przed samowolą państwa. [...] w demokratycznym państwie prawa prawo karne musi być oparte przynajmniej na dwóch podstawowych zasadach: określoności czynów zabronionych pod groźbą kary (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) oraz na zakazie wstecznego działania ustawy wprowadzającej lub zaostrzającej odpowiedzialność karną (*lex severior retro non agit*). Zasady te wyrażone w kodeksie karnym składają się także na zawartą w art. 2 Konstytucji RP zasadę demokratycznego państwa prawa”. Z kolei w postanowieniu z 13 czerwca 1994 r. podkreślono, że „każda regulacja prawna, nawet o charakterze ustawowym, dająca organowi państwowemu uprawnienie do wkraczania w sferę praw i wolności obywatelskich, musi spełniać warunek dostatecznej określoności. Należy przez to rozumieć precyzyjne wyznaczenie dopuszczalnego zakresu ingerencji oraz trybu, w jakim podmiot ograniczony w swoich prawach i wolnościach może bronić się przed nieuzasadnionym naruszeniem jego dóbr osobistych”; orzeczenie TK, sygn. S. 1/94, nie publik.; orzeczenie TK z 19 czerwca 1992 r., sygn. U. 6/92, nie publik.; orzeczenie TK, sygn. akt U. 7/93; nie publik.

<sup>28</sup> Wyrok SN z 29 grudnia 1992 r., sygn. WR 175/92; OSNKW 1993/5-6/36.

<sup>29</sup> A. Zoll, [w:] G. Bogdan, Z. Cwiakalski, P. Kardas..., s. 50; zgodnie z § 25 ust. 1 rozporządzenia prezesa Rady Ministrów z 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (Dz.U. Nr 100, poz. 908), przepis prawa materialnego powinien możliwie bezpośrednio i wyraźnie wskazywać, kto, w jakich okolicznościach i jak powinien się zachować (przepis podstawowy).



wości, czy zarysowane wyżej kwestie zostały w sposób należyty wzięte pod uwagę.

Dyrektywa 98/84/WE w art. 1 określa wyraźnie, że celem zawartych w niej uregulowań jest zbliżenie przepisów prawnych państw członkowskich, dotyczących środków podejmowanych przeciwko nielegalnym urządzeniom dającym nieuprawniony dostęp do usług podlegających ochronie, określając w art. 3 środki, jakie należy przyjąć w odniesieniu do usług opartych na warunkowym dostępie oraz urządzeń dostępu warunkowego w ramach rynku wewnętrznego. Stosowane środki nie mogą ograniczać świadczenia usług chronionych, ani usług towarzyszących pochodzących z innego państwa członkowskiego, ani też ograniczać swobodnego przepływu urządzeń dostępu warunkowego z powodów należących do dziedziny regulowanej przez niniejszą dyrektywę<sup>30</sup>. W uzasadnieniu projektu ustawy o ochronie niektórych usług świadczonych drogą elektroniczną opartych lub polegających na dostępie warunkowym stwierdzono, że celem projektowanej ustawy jest zapewnienie ochrony usługodawcom, świadczącym usługi tego rodzaju przed pozbawianiem ich należnych im wynagrodzeń przez osoby, które wprowadzają, a także używają w obrocie handlowym niedozwolonych urządzeń oraz innych rozwiązań technicznych służących obejściu zabezpieczeń<sup>31</sup>.

Z wprowadzonej legalnej definicji ustawowej i jej konstrukcji wynika, że „urządzenia niedozwolone” są szczególną kategorią urządzeń dostępu warunkowego wymienionych w art. 2 pkt 2 ustawy – takich, które zostały specjalnie zaprojektowane lub przystosowane do obchodzenia zabezpieczeń usług chronionych. W konsekwencji, jak zauważył SN w uchwale z 29 sierpnia 2007 r., przykładowo, standardowy komputer, telefon, telewizor nie mogą być uznane za urządzenia niedozwolone, nawet jeśli byłyby wykorzystywane do odbioru usług chronionych, bowiem ich użytkownik uzyskał dostęp do czyjegoś hasła, w wypadku gdy usługi zabezpieczone są kodem hasłowym<sup>32</sup>.

We wcześniejszym judykacie<sup>33</sup>, SN argumentując przyjęte stanowisko wywodził w uzasadnieniu, że bezprawne podłączenie odbiornika telewizyjnego do sieci kablowej po uprzednim pokonaniu zabezpieczeń skrzynki rozdzielczej i korzystanie w związku z tym z usługi chronionej, polegającej na rozpowszechnianiu i rozprowadzaniu programu telewizyjnego, stanowi używanie urządzenia niedozwolonego w rozumieniu tej ustawy i jeśli działanie to podjęto w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, to wyczerpuje znamiona występu z art. 7 ust. 1, zaś w przypadku używania tego urządzenia niedozwo-

<sup>30</sup> Zob. Dyrektywa 94/84/WE, art. 3–5.

<sup>31</sup> Druk sejmowy nr 353 z 3 kwietnia 2002 r.

<sup>32</sup> Zob. m.in. uchwała SN, sygn. akt I KZP 19/07 z 29.08.2007; OSNKW 2007/9/60.

<sup>33</sup> Wyrok SN z 24 marca 2004 r., IV KK 46/04, Lex, nr 109831.

lonego wyłącznie na własne potrzeby – występku z art. 7 ust. 2 tejże ustawy. W głosie do uchwały Sądu Najwyższego z 29 września 2004 r.<sup>34</sup> J. Skrzypczak podniósł, że za sprzęt (urządzenie dostępu warunkowego w rozumieniu art. 2 pkt 2 ustawy o ochronie niektórych usług świadczonych drogą elektroniczną) nie może

*[...] uchodzić odbiornik telewizyjny umożliwiający odbiór dostępnych w sieci kablowej programów. Urządzeniem niedozwolonym w rozumieniu (art. 2, pkt 6) cytowanej ustawy nie można także nazwać działania polegającego na podłączeniu się do przewodu, po uprzednim pokonaniu zabezpieczeń skrzynki rozdzielczej. Takim urządzeniem będzie wyłącznie sprzęt lub oprogramowanie, które zostały zaprojektowane lub przystosowane do korzystania z usług chronionych. [...] Jednocześnie konkludując słusznie, że określenie „przystosowanie do umożliwienia korzystania z usług chronionych” odnosi się wyłącznie do działań o charakterze technicznym, dotyczącym jedynie niedozwolonego urządzenia, a nie np. telewizora czy też radio-odbiornika<sup>35</sup>.*

W piśmiennictwie podniesiono również, że nie poszczególne, wysoce wyspecjalizowane środki techniczne czy specjalistyczne oprogramowanie, powinny decydować o charakterze użytego przedmiotu, ale przede wszystkim zamiar i czynności faktyczne podjęte przez sprawcę, np. „przerobienie” telewizora przez zamontowanie kabla – a więc nadanie mu cech narzędzia służącego popełnieniu przestępstwa<sup>36</sup>.

W tym miejscu przypomnieć należy, że zgodnie z dyrektywą 98/84/WE, urządzenie nielegalne oznacza wszelkie wyposażenie lub oprogramowanie zaprojektowane lub przystosowane do udostępniania usług chronionych w zrozumiałej formie bez zezwolenia świadczącego usługi. W wyniku transpozycji wspomnianej dyrektywy do polskiego porządku prawnego wprowadzono definicję, zgodnie z którą urządzenia niedozwolone to sprzęt lub oprogramowanie, które zostały zaprojektowane lub przystosowane w celu umożliwienia korzystania z usług chronionych bez uprzedniego upoważnienia usługodawcy. Zwrócenia uwagi wymaga w tym miejscu relacja pojęć „wyposażenie” i „sprzęt”, która nakreśli zakres transpozycji wskazanej dyrektywy na grunt prawa polskiego<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> Uchwała Sądu Najwyższego I KZP 21/04 z 29 września 2004 r.; OSNKW 2004/9/90, „Prokuratura i Prawo” 2005, nr 1, s. 6–7; „Biuletyn Sądu Najwyższego” 2004, nr 10, s. 16.

<sup>35</sup> J. Skrzypczak, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego...*, s. 286.

<sup>36</sup> A. Baszkowski, *Glosa do wyżej powołanej uchwały (I KZP 21/04) Sądu Najwyższego*, „Prokuratura i Prawo” 2006, nr 7–8, s. 232. Zdaniem glosatora również telewizor wyposażony w odpowiedni kabel, umożliwiający uzyskanie dostępu do usług chronionych bez zgody upoważnionego usługodawcy, należy uznać za urządzenie niedozwolone w rozumieniu ustawy.

<sup>37</sup> W tej materii warto także zwrócić uwagę na orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości z 7 stycznia 2004, C 58/02, ECR 2004/1A/I-00621; w którym TS słusznie przyjął: „Transposing a directive

„Wyposażenie” w języku polskim oznacza urządzenia potrzebne do prawidłowego funkcjonowania czegoś, jak również urządzenie dodatkowe do danej maszyny lub do urządzenia głównego<sup>38</sup>. Poglobiona analiza w odniesieniu do pojęcia sprzęt pojawia się w powołanym już wyżej orzeczeniu SN<sup>39</sup>, gdzie przyjęto rozumienie „sprzętu” w znaczeniu zbiorowym, jako przedmiotów używanych w określonej dziedzinie życia. Jak widać, w języku polskim nie można powiedzieć, że pojęcia „wyposażenie” i „sprzęt” są zakresowo tożsame.

Jedynie na marginesie niniejszych rozważań odnośnie do zakresu desygnatów znamienia urządzenie niedozwolone wspomnieć należy, że konkludując powyższe rozważania SN przyjął, iż „sprzętem” w rozumieniu art. 2 pkt 6 ustawy jest urządzenie skonstruowane z elementów elektronicznych, które zostało zaprojektowane lub przystosowane w celu umożliwienia korzystania z usług chronionych bez uprzedniego upoważnienia usługodawcy. Wyrażonego w tym miejscu poglądu nie sposób zaaprobować, spotkał się on zresztą z zasłużoną krytyką w doktrynie<sup>40</sup>. W głosie do powołanego wyżej rozstrzygnięcia M. Rogalski zasadnie wywiódł, że nie wydaje się uzasadnione, aby z pojęcia „sprzęt” używanego w języku polskim, wykluczyć rozumienie tego słowa także jako przedmiot użytkowy, jak np. narzędzie. Słusznie, według M. Rogalskiego, w tym rozumieniu sprzęt nie będzie musiał mieć cechy bycia sprzętem elektronicznym, ale będzie nim mogło być takie narzędzie, jak igła, przewód czy nawet bardziej skomplikowane urządzenie, ale elektryczne, a nie

---

into national law does not necessarily require the provisions of the directive to be enacted in precisely the same words in a specific express legal provision and the general legal context may be sufficient if it actually ensures the full application of the directive in a sufficiently clear and precise manner. National legislation which does not prohibit all the infringing activities referred to in Directive 98/84 on the legal protection of services based on, or consisting of, conditional access does not meet that requirement”.

<sup>38</sup> Zob. m.in. *Słownik języka polskiego*, red. W. Doroszewski, Warszawa 1996–1997.

<sup>39</sup> Uchwała SN z 29 sierpnia 2007 r., sygn. I KZP 19/07, OSP 2008, nr 11, poz. 115. W języku polskim przez „sprzęt” rozumie się: 1) przedmiot użytkowy, jak mebel, narzędzie, naczynie itp., 2) w znaczeniu zbiorowym: przedmioty używane w jakiejś dziedzinie życia: sprzęt budowlany, gospodarski, pożarniczy, ratowniczy, samochodowy, sanitarny, sportowy, turystyczny, wędkarski, żeglarski, 3) koszenie, żęcie zboża, kopanie, zrywanie owoców itp. (por. *Słownik języka polskiego*, red. M. Szymczak, t. 3, Warszawa 1999, s. 289). Niemal tak samo (*Uniwersalny słownik języka polskiego*, red. S. Dubisz, t. 4, Warszawa 2003, s. 497). Dla rozstrzygnięcia zagadnienia prawnego pożyteczne jest pojęcie „sprzętu” w znaczeniu zbiorowym, jako przedmiotów używanych w określonej dziedzinie życia. W kontekście treści art. 1 ustawy dziedziną tą jest korzystanie z niektórych usług świadczonych odpłatnie drogą elektroniczną, opartych lub polegających na dostępie warunkowym. Chodzi więc o przedmioty używane w elektronice, czyli sprzęt elektroniczny. W celu sprawdzenia trafności wykładni językowej przepisu trzeba wziąć pod uwagę jego kontekst systemowy i funkcjonalny. Z punktu widzenia wykładni systemowej należy zwrócić uwagę na treść całego art. 2 ustawy.

<sup>40</sup> M. Rogalski, *Głos do uchwały SN z dnia 29 sierpnia 2007 r., sygn. I KZP 19/07*, OSP 2008, nr 11, poz. 115.

elektroniczne, albo jeszcze szerzej – jako urządzenie techniczne, w którym jednak brak elementów elektronicznych<sup>41</sup>.

W kontekście rozbieżności pomiędzy treścią dyrektywy a wprowadzonym do prawa krajowego przepisami należy zwrócić uwagę, że transpozycja dyrektywy co prawda nie wymaga, aby przepisy dyrektywy zostały wprowadzone dokładnie przy pomocy takich samych słów do określonego przepisu prawnego, wystarczy, że ogólny kontekst gwarantuje pełne stosowanie dyrektywy w sposób wystarczająco jasny i precyzyjny<sup>42</sup>. Niezbędne jest więc w procesie transpozycji, poddanie aktów unijnych specjalistycznej weryfikacji pod względem języka prawnego i prawniczego. W procesie wykładni może bowiem pojawić się problem, czy dane zwroty znaczą w języku polskim to samo, czy też mają inny zakres pojęciowy. Niewłaściwe przełożenie definicji może w istotny sposób wpłynąć na jakość transpozycji. Przyjęcie błędnych definicji może skutkować zmianą zakresu podmiotowego, przedmiotowego oraz treści praw i obowiązków związanych z ochroną środowiska. W procesie transpozycji nie jest wymagane, aby postanowienia dyrektywy zostały wprowadzone dosłownie. Ważne natomiast jest, aby tekst mający na celu dostosowanie nie odbiegał od tekstu unijnego<sup>43</sup>.

Jak się wydaje, z uwagi na przyjęty zakres penalizowanych zachowań w regulacji polskiej, należy się opowiedzieć za przyjęciem w tym zakresie, zgodnie zresztą z legalną definicją ustawową, interpretacji, że urządzeniem niedozwolonym w rozumieniu ustawy jest sprzęt lub oprogramowanie, które zostały zaprojektowane lub przystosowane do korzystania z usług chronionych bez uprzedniego upoważnienia usługodawcy, przy czym zaprojektowanie lub przystosowanie winno być rozumiane jako jakakolwiek ingerencja w także legalnie produkowane urządzenie<sup>44</sup>. Taką ingerencją będzie w szczególności jakakolwiek modyfikacja legalnego urządzenia, wyposażenie legalnego urządzenia w jakiejkolwiek dodatkowe elementy zmieniające jego funkcjonalność, jak również pozbawienie takiego urządzenia dodatkowych elementów czy oprogramowania (np. blokad). Do przyjęcia takiego rozwiązania daje podstawy m.in. użycie w polskiej definicji znamienia sprzęt, który jak zasadnie przyjęto wyżej<sup>45</sup>, rozumiany być winien w znaczeniu zbiorowym

<sup>41</sup> *Ibidem*; aprobując także: K. Dąbkiewicz, *Ochrona prawno-karna niektórych usług elektronicznych*, „Prokuratura i Prawo” 2011, nr 1, s. 75 i nast.; A. Baszkowski, *Glosa...*, s. 232 i nast.

<sup>42</sup> Zob. cytowane wyżej w oryginale (przyp. 39) orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości z 7 stycznia 2004 r., C 58/02, ECR 2004/1A/I-00621.

<sup>43</sup> L. Karski, *Wybrane problemy dostosowania polskiego prawa ochrony środowiska do prawa wspólnotowego*, „Prawo i Środowisko” 2009, nr 1, s. 23 i nast.

<sup>44</sup> W tej materii słusznie SN w powołanym wyżej wyroku z 24 marca 2004 r., IV KK 46/04, Lex, nr 109831; A. Baszkowski, *Glosa...*, s. 232 i nast.

<sup>45</sup> Zob. przyp. 41.

– jako przedmioty używane w określonej dziedzinie życia – nadto, jak się wydaje, nie bez znaczenia jest w tym miejscu także pierwotny zakres transponowanej na grunt polski dyrektywy 98/84/WE.

W interpretacji znamienia urządzenia niedozwolonego na gruncie omawianej wyżej ustawy o ochronie niektórych usług świadczonych drogą elektroniczną opartych lub polegających na dostępie warunkowym, pojawia się interesujący problem, który stał się przedmiotem wyroku Trybunału Sprawiedliwości w sprawach połączonych C-403/08 i C-429/08, dotyczących wniosków o wydanie, na podstawie art. 234 WE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożonych przez High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (Zjednoczone Królestwo) i przez High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court; Zjednoczone Królestwo), postanowieniami z 11 i 28 lipca 2008 r., które wpłynęły do Trybunału, odpowiednio, 17 i 29 września 2008 r.<sup>46</sup>

Postępowania, które doprowadziły do rozstrzygnięcia w sprawie C-403/08, opierają się na powództwach wniesionych przez FAPL<sup>47</sup> wspólnie z przedsiębiorstwami odpowiedzialnymi za transmisję meczów w Grecji. W Grecji licencjobiorcą w umowie sublicencji był (i nadal pozostaje) NetMed Hellas SA, któremu umowa praktycznie zabraniała dostarczania kart do dekodowników poza terytorium Grecji. Mecze są nadawane na kanałach „SuperSport” platformy „Nova”, której właścicielem i operatorem jest Multichoice Hellas SA. Powództwa dotyczą korzystania w Zjednoczonym Królestwie z zagranicznych kart do dekodowników w celu uzyskania dostępu do zagranicznych satelitarnych transmisji na żywo meczów piłkarskich Premier League. FAPL jest zdania, że karta do dekodera legalnie sprzedana w jednym państwie członkowskim, będzie nielegalnym urządzeniem, jeśli zostanie użyta w innym państwie członkowskim wbrew woli przedsiębiorstwa emitującego chronioną usługę. K. Murphy uważa natomiast, że takie używanie prawidłowo wprowadzonej na rynek karty do dekodera nie może jej uczynić nielegalnym urządzeniem.

<sup>46</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 4 października 2011 r., sygn. C-403/08, [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu). Wnioski te zostały złożone w ramach sporów między Football Association Premier League Ltd (zwaną dalej FAPL), NetMed Hellas SA (zwaną dalej NetMed Hellas) i Multichoice Hellas SA (zwaną dalej Multichoice Hellas; zwanymi dalej FAPL i in.) a QC Leisure, D. Richardsonem, AV Station plc (zwaną dalej AV Station), M. Chamberlainem i M. Maddenem, SR Leisure Ltd, P.G.C. Houghtonem i D. Owenem (zwanymi dalej łącznie QC Leisure i in.), (sprawa C-403/08) oraz między K. Murphy a Media Protection Services Ltd (zwaną dalej MPS), (sprawa C-429/08), w przedmiocie sprzedaży i używania w Zjednoczonym Królestwie urządzeń dekodujących zapewniających dostęp do usług przekazu satelitarnego organizacji nadawczej, które są produkowane i sprzedawane za zezwoleniem tej organizacji, lecz używane wbrew jej woli, poza obszarem geograficznym, na który zostały dostarczone (zwanymi dalej „zagranicznymi urządzeniami dekodującymi”).

<sup>47</sup> Football Association Premier League Ltd (zwaną dalej FAPL).



Takie używanie jest właśnie zgodnie z dyrektywą legalne, ponieważ art. 3 ust. 2, zakazuje wszelkiego ograniczania handlu legalnymi kartami do dekodera<sup>48</sup>.

W kontekście tej sprawy na gruncie polskiej regulacji pojawia się pytanie, czy urządzeniem niedozwolonym w rozumieniu ustawy o ochronie niektórych usług świadczonych drogą elektroniczną opartych lub polegających na dostępie warunkowym, będzie także urządzenie zakupione legalnie w jednym z krajów członkowskich UE, a używane wbrew wyraźnemu zastrzeżeniu usługodawcy na innym niż to państwo terenie w zakresie zastosowania polskiej regulacji.

W opinii rzecznika generalnego Juliane Kokott, przedstawionej 3 lutego 2011 r.<sup>49</sup> odnośnie do wspomnianej kwestii, pojawiła się argumentacja oparta na art. 4 oraz art. 2 lit. e dyrektywy 98/84/WE. Wskazano, że brzmienie art. 2 lit. e dyrektywy 98/84/WE nie jest jednak nakierowane na zapobieżenie używaniu urządzeń dostępu wbrew woli świadczącego usługi. Wymaga ono urządzenia zaprojektowanego lub przystosowanego do udostępniania usług bez zezwolenia świadczącego usługi. Ta definicja obejmuje zatem urządzenia wyprodukowane albo dostosowane specjalnie do tego celu. Karta do dekodera służy natomiast do udostępniania usług za zezwoleniem świadczącego usługi. Karta do dekodera nie zostaje również dostosowana poprzez przewieszenie jej do Zjednoczonego Królestwa. Tylko taka narzucająca się wykładnia jest zgodna z podstawowym celem dyrektywy 98/84/WE. Zgodnie z jej motywem 2 i 3, ma ona promować transgraniczne świadczenie usług. Nie byłoby z tym zgodne przyjęcie, że transgraniczny przewóz legalnych urządzeń warunkowego dostępu wystarczy do uznania ich za urządzenia nielegalne<sup>50</sup>.

Słusznym uzupełnieniem niniejszej argumentacji jest odniesienie do art. 3 ust. 2 lit. a dyrektywy 98/84/WE, który zakazuje ograniczania świadczenia usług chronionych oraz usług towarzyszących pochodzących z innego pań-

<sup>48</sup> Zob. uzasadnienie wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 4 października 2011 r., sygn. C-403/08, [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu).

<sup>49</sup> [www.curia.europa.eu/juris/document/document\\_print.jsf?sessionId=9ea7d2dc30db4481f8d-f20b745eeb0c3cb70ef44005a.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuKbx10?doclang=PL&text=&pageIndex=0&part=1&mode=DOC&docid=84316&occ=first&dir=&cid=172093](http://www.curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?sessionId=9ea7d2dc30db4481f8d-f20b745eeb0c3cb70ef44005a.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuKbx10?doclang=PL&text=&pageIndex=0&part=1&mode=DOC&docid=84316&occ=first&dir=&cid=172093) [12.11.2012].

<sup>50</sup> *Ibidem*, ponadto w argumentacji powołano zasadę pewności prawa, która stanowi zasadę ogólną prawa wspólnotowego, wymaga w szczególności, by uregulowanie było jasne i precyzyjne, tak by podlegające mu podmioty mogły ustalić w sposób jednoznaczny swoje prawa i obowiązki oraz podjąć w związku z tym odpowiednie kroki. W przypadku przepisów karnych należy przestrzegać również zasady ustawowej określoności czynów zabronionych i kar (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), która wymaga, aby przepisy wspólnotowe definiowały w jasny sposób naruszenia i grożące za nie kary. Gdyby prawodawca unijny rzeczywiście chciał chronić geograficzny podział rynków telewizyjnych, a samo obejście tego podziału poprzez przewieszenie legalnych w państwie pochodzenia kart do dekodera do innego państwa członkowskiego chciał poddać sankcjom, musiałby to w konsekwencji wyrazić w sposób o wiele bardziej jasny.

stwa członkowskiego, zaś art. 3 ust. 2 lit. b zakazuje ograniczania swobodnego przepływu urządzeń dostępu warunkowego. Te zakazy ograniczania są jednak kwalifikowane: niedopuszczalne są jedynie ograniczenia ze względów dotyczących dziedziny koordynowanej przez dyrektywę. Zgodnie z definicją w art. 2 lit. F, dziedzina ta oznacza wszelkie przepisy odnoszące się do nielegalnej działalności, o której mowa w art. 4, chodzi o szereg zakazów w odniesieniu do postępowania z urządzeniami nielegalnymi. Ograniczenia z innych względów nie są zatem wykluczone przez art. 3 ust. 2. Naruszenie warunków umownych dotyczących dostępu do programów w określonych państwach członkowskich, podanie fałszywego nazwiska albo adresu przy zakupie urządzeń dostępu albo używanie kart do dekodera przeznaczonych do prywatnego lub domowego użytku w celach handlowych, nie stanowi środka skierowanego przeciwko nielegalnym urządzeniom<sup>51</sup>.

W świetle wyroku w sprawie FAPL należy wobec tego przyjąć, że urządzenia dekodujące, które zostały sprowadzone z innego państwa członkowskiego nie są objęte zakresem pojęcia „urządzenia niedozwolone”, zdefiniowanego w art. 2 pkt 6 ustawy o ochronie niektórych usług świadczonych drogą elektroniczną opartych lub polegających na dostępie warunkowym, ponieważ nie spełniają przesłanki zaprojektowania lub przystosowania w celu umożliwienia korzystania z usług chronionych bez uprzedniego upoważnienia usługodawcy, nawet w sytuacji, gdy usługodawca nie zezwolił na korzystanie z nich poza określonym terytorium<sup>52</sup>. Trybunał stwierdził wprost, że wykładni pojęcia nielegalnego urządzenia w rozumieniu art. 2 lit. e dyrektywy o warunkowym dostępie należy dokonywać w ten sposób, iż nie obejmuje ono ani zagranicznych urządzeń dekodujących, ani urządzeń uzyskanych lub aktywowanych w wyniku podania nieprawdziwego nazwiska i adresu, ani urządzeń używanych z naruszeniem ograniczenia umownego pozwalającego na używanie ich jedynie do celów prywatnych. Jednocześnie też wskazał, że art. 3 ust. 2 dyrektywy o warunkowym dostępie nie stoi na przeszkodzie przepisom krajowym zabraniającym używania zagranicznych urządzeń dekodujących, w tym urządzeń uzyskanych lub aktywowanych w wyniku podania nieprawdziwego nazwiska i adresu lub urządzeń używanych z naruszeniem ograniczenia umownego, pozwalającego na używanie ich jedynie do celów prywatnych, ponieważ takie przepisy nie są objęte dziedziną regulowaną przez tę dyrektywę<sup>53</sup>.

Kolejnym pojawiającym się na gruncie wspomnianej polskiej regulacji problemem w zakresie znamienia urządzenia niedozwolonego (art. 7 ust. 1

<sup>51</sup> *Ibidem*.

<sup>52</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 4 października 2011 r...; K. Klafkowska-Waśniowska, *Glosa do wyroku TS z dnia 4 października 2011 r., C-403/08 i C-429/08*, Lex (el.) 2012.

<sup>53</sup> Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 4 października 2011 r...

i 2 ustawy), może być zachowanie polegające na zdalnym używaniu urządzenia bez jego posiadania (przykładowo, korzystanie przez kilka osób z czyjegoś nielegalnego dekodera płatnej telewizji kablowej)<sup>54</sup>, najczęściej przy pomocy legalnego urządzenia z zainstalowanym nielegalnym oprogramowaniem pozwalającym na podejmowanie tego typu czynności. Teoretycznie takie zachowanie z punktu widzenia znamion czynności wykonawczej w obu typach karalnego zachowania jest możliwe, praktycznie zaś może budzić wątpliwości aczkolwiek w świetle powyższych rozważań, jak się wydaje, pozwala na jednoznaczną spójnie argumentowaną ocenę.

Proces działania nielegalnego rozpowszechniania sygnału płatnej platformy telewizyjnej polega najczęściej na podpięciu legalnej karty do programatora i najczęściej przy pomocy programów SBCS i SBCK dzieleniu sygnału i przesyłaniu go odbiorcom. U odbiorcy potrzebny jest sprzęt do dekodowania sygnału wyposażony w nielegalne oprogramowanie klienckie, i dopiero ten sprzęt wyposażony w nielegalne oprogramowanie wraz z instalacją satelitarną stanowi urządzenie niedozwolone w rozumieniu art. 7 ust. 2 cytowanej wyżej ustawy<sup>55</sup>. Gromadząc materiał dowodowy ten właśnie sprzęt winien być zabezpieczony w poczet materiału dowodowego. W przypadku kwalifikacji z art. 7 ust. 2 ustawy zwrócić uwagę należy bowiem na to, że zachowaniem penalizowanym nie jest tutaj samo posiadanie urządzenia niedozwolonego, a jego używanie, stąd zabezpieczenie np. samego programowania, może budzić wątpliwości w zakresie realizacji znamion strony przedmiotowej wskazanego typu.

W sprawach z art. 7 ust. 2 cytowanej wyżej ustawy, sąd I instancji wydając rozstrzygnięcie w praktyce rzadko jednoznacznie i wyraźnie deklaruje, za co wymierza karę i które z zachowań kwalifikuje jako zachowanie zabronione, realizujące znamiona powołanego typu, przyjmując często z uwagi na nakreślone wyżej braki w materiale dowodowym (najczęściej brak zabezpieczonego sprzętu do dekodowania sygnału wyposażonego w nielegalne oprogramowanie klienckie), że oskarżony był użytkownikiem w programie SBCS – programie, który był własnością tzw. dawcy, a z którego ewentualne korzystanie możliwe jest tylko i wyłącznie przy posiadaniu przez oskarżonego odpowiednika tego programu oraz spełniających odpowiednie wymagania sprzętowe urządzeń, na podstawie np. zestawienia wpływów na konto tzw. Dawcy, po

<sup>54</sup> Na taki problem zwraca uwagę K. Korus, *Lex* (el.) 2002; *Komentarz do art. 7 ustawy z dnia 5 lipca 2002 r. o ochronie niektórych usług świadczonych drogą elektroniczną opartych lub polegających na dostępie warunkowym*, Dz.U. z 2002 r. Nr 126, poz. 1068.

<sup>55</sup> W tym zakresie często dla serwerów postawionych na programie SBCS (SatBazarCardSerwer): oprogramowanie klienckie to: SBC, np. SBCL v0.5f (Tryb 1 – fergusonRS, pionierRS) lub SerwerTCP, SBCL v0.5f (Tryb 3) +program odpowiedni dla posiadanego tunera (Ptuner0.2, PscadN0.5, Jabba).

przyporządkowaniu najczęściej tzw. nicku ze zrzutu ekranowego uruchomionego programu. Taka subsumcja jest rażąco niedopuszczalna, daje podstawę jedynie do przyjęcia jednej z form stadialnych, domniemania zaś i wszelkie wątpliwości sądu w tym zakresie winny być rozstrzygane w oparciu o jasną regulację, zarówno § 2, jak i § 1 art. 5 k.p.k. Nawet bowiem jeśli przyjąć, że w art. 7 ust. 2 cytowanej wyżej ustawy, chodzi o to właśnie nielegalne urządzenie znajdujące się w posiadaniu innej osoby, należy wykazać u oskarżonego chociażby możliwość tzw. zdalnego korzystania. Ekspertyza zabezpieczonego programu najczęściej tzw. dawcy, służącego do sharingu, a stanowiąca kluczowy dowód w sprawie, prowadzona jest najczęściej na tzw. martwym programie, uruchomionym tylko w zakresie bazy i to nawet nie w momencie rzekomego korzystania z urządzenia niedozwolonego, a w okresie późniejszym<sup>56</sup>.

Podsumowując rozważania odnośnie do zakresu desygnatów znamienia urządzenie niedozwolone, w rozumieniu ustawy o ochronie niektórych usług świadczonych drogą elektroniczną opartych lub polegających na dostępie warunkowym, zwrócić uwagę należy, że już od dawna w nauce w zakresie zasadności formułowania i umieszczania w ustawach definicji spotkać się można z różnymi poglądami – od tych, które opierają się na przeświadczeniu, że określenie sensu wyrażen występujących w przepisach prawnych należy do orzecznictwa i nauki nie zaś ustawodawcy, przez stanowiska nieprzeceniające definicji legalnych jako środków służących do ścisłego określania pojęć przez ustawodawcę, aż po stanowiska charakteryzujące się daleko idącym przywiązaniem wagi do ścisłości pojęć oraz do definicji jako narzędzia służącego do tego celu<sup>57</sup>. Zadaniem ustawodawcy, jak to trafnie ujął B. Wróblewski<sup>58</sup>, jest stanowienie norm, nie zaś konstruowanie pojęć. Trafnie też B. Wróblewski zauważył, że konstruując pojęcia, ustawodawca naraża się, że pojęcia te mogą być skrytykowane i odrzucone, nadto dodać należy, ustawodawca stanowiąc taką definicję w zasadzie naraża się na szybką jej dezaktualizację.

Innym zarzutem, także przemawiającym na niekorzyść, jaki formułuje się pod adresem definicji ustawowych, negując potrzebę ich tworzenia, jest ich nieprzydatność i nieprzystosowanie do potrzeb życia<sup>59</sup>, które stwarza tyle róż-

<sup>56</sup> Nadto zauważyć należy, że sąd I instancji z reguły ustala kluczowy z punktu widzenia realizacji znamion typu opisanego w art. 7 ust. 2 cytowanej wyżej ustawy stan faktyczny, a mianowicie przyporządkowuje tożsamość osób dokonujących wpłat, konfrontując zrzut ekranowy programu SBCS z wpłatami, przy czym zrzut ekranowy ma najczęściej miejsce, jak już to wskazano powyżej, z tzw. martwego programu, w postępowaniu przygotowawczym, w czasie kiedy nie ma już osób faktycznie korzystających z programu, a więc w takiej sytuacji ma wątpliwą wartość dowodową.

<sup>57</sup> Przegląd stanowisk w tej materii za: J. Gregorowicz, *Definicje w prawie i nauce prawa*, Łódź 1962, s. 52.

<sup>58</sup> B. Wróblewski, *Język prawny i prawniczy*, Kraków 1948, s. 90.

<sup>59</sup> Z. Ziemiński, *O zwrotach definicyjnych w ustawodawstwie PRL*, „ZNU im. Adama Mickiewicza w Poznaniu”, zeszyt specjalny, Poznań 1956, s. 64.

norodnych sytuacji, że żaden ustawodawca nie zdołałby przewidzieć szczegółowo wszystkich. Z drugiej jednakże strony zauważyć należy, że posługiwanie się przez ustawodawcę niewykrystalizowanymi i nieprecyzyjnymi pojęciami uniemożliwia kwalifikację stanów faktycznych, jest szczególnie groźne na gruncie prawa karnego, nie wskazuje bowiem żadnych cech umożliwiających przyporządkowanie stanu faktycznego do pojęcia<sup>60</sup>.

Z drugiej zaś strony, jak to podkreślono wyżej, z zasady *nullum crimen sine lege* wywodzi się postulat do ustawodawcy, aby formułował on zakazy karne w sposób możliwie jednoznaczny i ogólnie zrozumiały, jeśli zaś byłoby to niemożliwe, powinien on z kryminalizacji zrezygnować, gdyż od przyszłych naruszcycieli przepisu karnego trudno wymagać uświadomienia sobie treści i zakresu zakazu, którego ustawodawca nie potrafił uprzednio zdefiniować<sup>61</sup>. Podkreśla się jednocześnie, że nie należy tworzyć przepisów karnych, opisujących czyny, których udowodnienie jest niemożliwe<sup>62</sup>. Z tych wszystkich względów zasadne wydaje się bliższe przyjrzenie się, a zarazem analiza znamienia urządzenie niedozwolone i jego definicji na gruncie ustawy o ochronie niektórych usług świadczonych drogą elektroniczną opartych lub polegających na dostępie warunkowym.

### Abstract

#### Illicit device as one of the attributes of the crime of sharing

Struggle against the illegal forms of “sharing” began in the late 20th and early 21st centuries in nearly all European and also many non-European ones, who considered the phenomenon as doubtlessly injurious, among others, for the development of online services based on, or consisting of, the conditional access. The earliest negative assessments of sharing behaviours in Europe date back to 1998, when the European Parliament and Council introduced legal protection of encoded services provided online, approving the 98/84/EC Directive on the legal protection of services based on, or consisting of, conditional access. The implementation of the said directive, in Polish law took place on 5th July 2002 in the form of the act on the protection of some services provided online and based on, or consisting of, conditional access. The goal of the paper is to discuss the practical and theoretical aspects of one of attributes of the offence of sharing, namely an illicit device. The analysis encompasses success of regulations at the European and national levels, and accounts for the judgements of the Supreme Court and European Court of Justice, and especially the ruling in the case C-403/08.

<sup>60</sup> *Ibidem*.

<sup>61</sup> L. Gardocki, *Zagadnienia...*, s. 151; W. Gallas, *Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung*, [w:] *Festschrift für W. Gleisbach*, Berlin 1936, s. 14.

<sup>62</sup> L. Gardocki, *Zagadnienia...*, s. 153.